

# RS UVS Oberösterreich 1996/09/02 VwSen-221254/13/Schi/Ka

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 02.09.1996

## Rechtssatz

Gemäß § 94 Z11 GewO 1994 wird das Gärtnereigewerbe als Handwerk festgelegt.

Zunächst ist die Frage der Gewerbsmäßigkeit zu prüfen. Zur Prüfung dieser Frage ist § 1 GewO heranzuziehen; in dieser Bestimmung ist der Geltungsbereich der Gewerbeordnung 1994 festgelegt. Demnach gilt diese für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten.

Eine Tätigkeit wird nach Abs.2 leg.cit. gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt ist; hierbei macht es keinen Unterschied, ob der durch die Tätigkeit beabsichtigte Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil im Zusammenhang mit einer in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fallenden Tätigkeit oder im Zusammenhang mit einer nicht diesem Bundesgesetz unterliegenden Tätigkeit erzielt werden soll.

"Selbständigkeit" iSd Gesetzes liegt vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird.

Aus dem Akteninhalt, insbesondere auch aus den niederschriftlichen Angaben des Bw anlässlich seiner Einvernahme am 30.8.1994 und seinen Angaben in der mündlichen Verhandlung vor dem O.ö. Verwaltungssenat, ergibt sich eindeutig, daß der Bw die ggst. Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr, sohin "selbständig" iSd § 1 Abs.3 GewO ausgeübt hat.

Gemäß § 1 Abs.4 GewO 1994 gilt auch eine einmalige Handlung als regelmäßige Tätigkeit, wenn nach den Umständen des Falles auf die Absicht der Wiederholung geschlossen werden kann oder wenn sie längere Zeit erfordert. Das Anbieten einer dem Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen wird der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten.

Es steht nach der Aktenlage fest und wurde vom Bw auch nicht bestritten, daß er am 29.3.1995 die oa Postwurfsendung beim Postamt E aufgegeben hat, die am 30.3.1995 zumindest im gesamten Gemeindegebiet von E verteilt worden ist. Nach den Umständen des Falles und auch aufgrund der rechtskräftigen Straferkenntnisse vom 26.9.1994 und 23.3.1995, steht eindeutig fest, daß die Absicht der Wiederholung beim Bw jedenfalls als gegeben anzunehmen war. Das letzte Tatbestandsmerkmal, nämlich einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, wurde vom Bw nicht ausdrücklich bestritten, sondern aufgrund seiner Angaben implizit zugestanden.

Nun ist aber auf die Land- und Forstwirtschaft (Z1) und die Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft (Z2) die GewO 1994 gemäß ihrem § 2 Abs.1 - unbeschadet weiterer Ausnahmen durch besondere bundesgesetzliche Vorschriften - nicht anzuwenden.

§ 2 Abs.4 Z1 GewO 1994 versteht unter Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft die Verarbeitung und Bearbeitung hauptsächlich des eigenen Naturproduktes bis zur Erzielung eines Erzeugnisses, wie es von Land- und

Forstwirten in der Regel auf den Markt gebracht wird, soweit die Tätigkeit der Verarbeitung und Bearbeitung gegenüber der Tätigkeit der Erzeugung der Naturprodukte jeweils innerhalb des pflanzlichen oder tierischen Produktionsbereiches wirtschaftlich untergeordnet bleibt; der Wert der allenfalls mitverarbeiteten Erzeugnisse muß gegenüber dem Wert des bearbeiteten oder verarbeiteten Naturproduktes untergeordnet sein (Z1). Der Bw stellt zwar die Aufgabe der Flugblätter als Postwurfsendung am 29.3.1995 nicht in Abrede, er wendet jedoch ein, daß diese Ankündigung der Ausübung nicht gleichzusetzen sei.

Dazu ist festzustellen, daß dieses Vorbringen die Bestimmung des § 1 Abs.4 GewO 1994 außer Acht läßt; denn dort ist im 2. Satz angeführt, daß das (bloße) Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten wird. Die Art des verwendeten Mediums (Zeitung, Kinoreklame, Postwurfsendung usw) ist dabei ohne Bedeutung (Kobzina/Hrdlicka, Gewerbeordnung 1994 S46). Die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage in 395 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates, 13. GP zur GewO 1973 führen dazu aus, daß der zweite Satz des Abs.4 nicht nur eine Verschiebung der Beweislast im Strafverfahren darstellt; vielmehr soll demjenigen, der um Kunden wirbt, schon in diesem Zeitpunkt, noch ehe er einen Einzelvertrag mit einem Kunden abgeschlossen hat, der Status des Gewerbetreibenden zukommen.

Es ist daher die weitere diesbezügliche Ausführung des Bw, wonach es keine Beweise gebe, daß der Bw die Ausübung des Gärtnereihandwerkes durchgeführt habe und es auch hierfür keine Ermittlungstätigkeit gegeben habe, unerheblich.

Daß aber die solcherart beworbene Tätigkeit bereits die unbefugte Ausübung des Gärtnereihandwerkes darstellt, geht aus folgenden Überlegungen hervor.

Unter Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft sind gemäß § 2 Abs.4 Z1 GewO ua die Verarbeitung und Bearbeitung hauptsächlich des eigenen Naturproduktes bis zur Erzielung eines Erzeugnisses, wie es von Land- und Forstwirten in der Regel auf den Markt gebracht wird, soweit die Tätigkeit der Verarbeitung und Bearbeitung gegenüber der Tätigkeit der Erzeugung der Naturprodukte jeweils innerhalb des pflanzlichen oder tierischen Produktionsbereiches wirtschaftlich untergeordnet bleibt, zu verstehen; der Wert der allenfalls mitverarbeiteten Erzeugnisse muß gegenüber dem Wert des bearbeiteten oder verarbeiteten Naturproduktes untergeordnet sein. Der Bw war zum Tatzeitpunkt Inhaber eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebes, in dessen Rahmen er eine landwirtschaftliche Gärtnerei bzw. Baumschule als Nebenbetrieb führte. Es ist ihm daher zuzugestehen, die Kunden beim Pflanzenkauf über Wuchsform, Wuchshöhen und Platzbedarf der Pflanzen zu informieren. Auch ist es zulässig, die Gewächse auszupflanzen, sofern hierfür keine planerischen oder gestalterischen Arbeiten erforderlich sind.

Bei objektiver Betrachtung des im inkriminierten Flugblatt enthaltenen Textes ("Baumschule/Gartencenter...wir übernehmen für Sie die Bepflanzung und Pflege Ihres Gartens im ländlichen Bereich") in Verbindung mit dem Umstand, daß dieses Flugblatt als Postwurfsendung "an einen Haushalt" (in verschiedenen Gemeinden, wie der Bw in der Verhandlung selbst angab, wenn auch nur im ländlichen Bereich) ausgesendet wurde, ergibt sich für einen verständigen Empfänger/Kunden, daß im Ergebnis auch eine Gestaltung von (Privat)Gärten angeboten wird.

Die Tätigkeit der Gestaltung von Gärten kann aber nicht mehr als Ver- und Bearbeitung hauptsächlich des eigenen Naturproduktes bis zur Erzielung eines Erzeugnisses, wie es von einem landwirtschaftlichen Gartenbau- und Baumschulbetrieb in der Regel auf dem Markt gebracht wird, angesehen werden, sodaß die Frage der wirtschaftlichen Unterordnung nicht von Bedeutung ist. Dafür sprechen auch die Erläuterungen zur Regierungsvorlage der GewO 1973, Nr.395 der Beilage zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates. Hier heißt es ua: "Zur Frage der Abgrenzung der landwirtschaftlichen und der gewerblichen Gärtnerei ist zu bemerken:

der gewerbliche Gärtner zieht und pflegt Blumen auf fremdem Grund (zB Friedhofsgärtner), legt fremde Gärten an (Gartenarchitekt), besorgt die gärtnerische Ausschmückung von Festsälen usw und betreibt, um das erforderliche Material zur Hand zu haben, zwangsläufig auch die - allerdings meist nicht feldmäßige - Zucht von Blumen."

Die vom Bw beworbene Tätigkeit kann aber auch nicht als Dienstleistung im Rahmen von Nebengewerben gemäß § 2 Abs.4 Z4 lit. a oder b angesehen werden.

Denn daß die in Rede stehende Tätigkeit nicht unter "Kulturpflege im ländlichen Raum" fällt, ergibt sich aus der nachfolgenden beispielsweise Aufzählung der damit gemeinten Tätigkeiten (Mähen von Straßenrändern und -

böschungen sowie von öffentlichen Grünflächen, Pflege von Biotopen, Kulturpflege der Rasenflächen von Sportanlagen, Stutzen von Hecken im Zusammenhang mit den vorstehend angeführten Tätigkeiten, Abtransport des bei diesen Tätigkeiten anfallenden Mähgutes usw.).

Hier ist noch auf die diesbezüglichen Erläuterungen der Regierungsvorlage zur Gewerberechtsnovelle 1992 hinzuweisen, in denen ausgeführt wird, daß "durch die Neufassung dieser Bestimmung die im Kommunaleraß des Bundesministeriums für wirtschaftliche Angelegenheiten vom 17.1.1991, Zl. 30.553/1-III/1/91, genannten Tätigkeiten, die durch Land- und Forstwirte im Rahmen eines nicht vom Anwendungsbereich der GewO 1973 erfaßten land- und forstwirtschaftlichen Nebengewerbe ausgeübt werden dürfen, nunmehr in das Gesetz eingebaut werden sollen". Diese Ausführungen unterstreichen, daß die hier umschriebenen Tätigkeiten überwiegend solche sind, die öffentliche, bzw. der Allgemeinheit dienende oder zugängliche "Anlagen" im weitesten Sinn betreffen, nicht aber private Gärten.

Die "Dienstleistung zur Verwertung von organischen Abfällen" gemäß lit.b) kommt von vornherein für den ggst. Fall nicht in Betracht. Die Ankündigung in der Postwurfsendung "Wir übernehmen für Sie die Bepflanzung und Pflege Ihres Gartens im ländlichen Bereich" stellt somit eine Überschreitung der diesbezüglichen land- und forstwirtschaftlichen Nebengewerbe dar bzw fällt eindeutig in das gewerbliche Gärtnereihandwerk.

Das Vorliegen des objektiven Straftatbestandes ist sohin hinreichend erwiesen.

Weiters beruft sich der Bw darauf, daß er auch aufgrund einschlägigen EU-Rechtes (Verordnungen und Richtlinien des Rates und der Kommission betreffend Land- und Forstwirtschaft) zu der von ihm beworbenen Tätigkeit berechtigt sei; er stellt daher zugleich den Antrag auf Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art.177 EGV beim Europäischen Gerichtshof der Gemeinschaften in Luxemburg, wobei dem EuGH folgende Fragen vorgelegt werden sollten:

a) Sieht das Gemeinschaftsrecht vor, daß die Landwirte besonders geschützt und gefördert und zu "Landschaftsgärtnern" ausgebildet und herangezogen werden? b) Sind die Landwirte durch das EU-Recht legitimiert, "Landschaftsgärtner" zu sein, die ohne weitere Gewerbeberechtigung auch fremde Gärten anlegen und auch pflegen zu dürfen?

c) Sind somit die restriktiven österr. Gewerbevorschriften, die vorsehen, daß Landwirte fremde Gärten kaum bepflanzen und pflegen dürfen, obsolet?

d) Ist der gemeinsame Markt dadurch betroffen, daß zahlreiche ausländische Landwirte in Österreich fremde Gärten planen und pflegen wollen und EU-Bürger in Österreich und der BRD Pflanzen einkaufen, die sie dann in Österreich und im übrigen Gebiet der EU von Landwirten in Gärten einpflanzen lassen wollen, deren Planung auch von Landwirten stammt?

Dieser Antrag auf Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art.177 EGV wird (mangels Antragslegitimation) als unzulässig zurückgewiesen, weil den Verfahrensparteien hier kein Antragsrecht zukommt (vgl. Wohlfahrt in Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union, Rz 57, 66f zu Art 177; EuGH Rs 283/81, Slg. 1982, 3415, 3426 Tz 9 "CILFIT"). Die Partei kann aber die Einschaltung des EuGH - ohne Sanktionsmöglichkeit - anregen (vgl. Lenz, Rechtsschutz im Binnenmarkt, EuZW 1993, 10); zur diesbezüglichen Unbegründetheit siehe sogleich unten.

Zur Geltung und Anwendbarkeit des Rechts der Europäischen Union:

Mit einer Volksabstimmung am 12.6.1994 ermächtigte das Bundesvolk die bundesverfassungsgesetzlich zuständigen Organe, den Staatsvertrag über den Beitritt Österreichs zur EU abzuschließen (BVG über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union, BGBl. Nr.744/1994). Mit 1.1.1995 ist die Republik Österreich der Europäischen Union beigetreten (EU-Beitrittsvertrag BGBl. Nr.45/1995). Es ist daher zunächst zu prüfen, inwieweit Gemeinschaftsrecht zur Anwendung kommt bzw überhaupt in der österreichischen Rechtsordnung unmittelbar gilt.

Im Beitrittsvertrag hatte sich Österreich verpflichtet, das gesamte zum Zeitpunkt der Wirksamkeit des Beitritts geltende Gemeinschaftsrecht (den sog. "Acquis communautaire") zu übernehmen. Die wesentlichen Charakteristika jenes spezifischen Systems der supranationalen Rechtsetzung und Rechtskontrolle, das in den Gemeinschaftsverträgen grundgelegt ist und in der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) maßgeblich fortentwickelt wurde, liegen in der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechtes (das durch Gemeinschaftsorgane geschaffene Recht gilt für jeden Mitgliedstaat und in jedem Mitgliedstaat unmittelbar, also ohne Dazwischentreten einer nationalen Rechtsetzungsinstanz), im Vorrang des Gemeinschaftsrechts (Gemeinschaftsrecht geht dem

nationalen Recht, und zwar auch dem nationalen Verfassungsrecht im Konfliktfall vor), und im EuGH (dieser kontrolliert die Rechtmäßigkeit der Handlungen von Gemeinschaftsorganen sowie die Einhaltung der gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen durch die Mitgliedstaaten). Aus diesen gravierenden verfassungsrechtlichen Änderungen hat auch der Verfassungsdienst des Bundeskanzleramtes in seinem Gutachten vom 28.9.1988, GZ.671.171/87-V/5/88, die Auffassung vertreten, daß wegen einer damit bewirkten Gesamtänderung der Bundesverfassung eine Volksabstimmung notwendig ist.

Im Gegensatz zu einigen EG-Gründungsmitgliedstaaten ist wegen des österreichischen EU-Beitrittes am Vorrang des Gemeinschaftsrechts auch vor nationalem Verfassungsrecht deshalb nicht zu zweifeln, weil die Rechtsprechung des EuGH jedenfalls zum relevanten "Acquis" zählt; jede diesbezügliche Einschränkung hätte einer ausdrücklichen Regelung im Beitrittsvertrag bedurft (vgl. Gerhart Holzinger, Gravierende verfassungsrechtliche Änderungen im Zusammenhang mit einem österreichischen EG-Beitritt, JBl 1993/1 S.2ff). Es ist somit festzuhalten, daß nach der Rechtsprechung des EuGH das Gemeinschaftsrecht unmittelbar in den Mitgliedstaaten gilt, ohne daß es einer Transformation in staatliches Recht bedürfte:

Gemeinschaftsrecht "gilt" in Österreich nicht anders als Bundesrecht in einem Land (Öhlinger, Verfassungsrecht II, Grundrechte - Europäische Integration, S.115 f).

Nach der Auslegung des EuGH (Costa/Enel, Slg.1964, 1251) ergibt sich aus Art.5 EGV auch der Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor nationalem Recht, unabhängig von dessen Rang.

Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts wurde vom EuGH näher präzisiert als Anwendungsvorrang (Simmenthal II, Slg.1978, 629): Dem Gemeinschaftsrecht widersprechendes nationales Recht wird nicht aufgehoben und tritt nicht automatisch außer Kraft, es darf aber im Konfliktfall nicht angewendet werden. Dies ist von jedem in Betracht kommenden staatlichen Organ - Gerichten und Verwaltungsorganen - selbständig zu beurteilen: jedes rechtsanwendende Organ hat österr. Recht am Maßstab des Gemeinschaftsrechts zu prüfen und darf es bei festgestellter Gemeinschaftsrechtswidrigkeit nicht anwenden (Inzidentzuständigkeit aller staatlicher Behörden; vgl. dazu Öhlinger, a.a.O.). Gemäß Art.177 EGV entscheidet der Gerichtshof im Wege der Vorabentscheidung

a)

über die Auslegung dieses Vertrages,

b)

über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe der Gemeinschaft und der EZB,

c) über die Auslegung der Satzungen, der durch den Rat geschaffenen Einrichtungen, soweit diese Satzungen dies vorsehen. Wird eine derartige Frage einem Gericht eines Mitgliedstaats gestellt und hält dieses Gericht eine Entscheidung darüber zum Erlaß seines Urteils für erforderlich, so kann es diese Frage dem Gerichtshof zur Entscheidung vorlegen. Wird eine derartige Frage in einem schwebenden Verfahren bei einem einzelstaatlichen Gericht gestellt, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, so ist dieses Gericht zur Anrufung des Gerichtshofes verpflichtet. Zu Recht verweist in diesem Zusammenhang der Bw darauf, daß der unabhängige Verwaltungssenat als Gericht im Sinne des Art.177 EGV vorlageberechtigt ist.

Zur Frage, ob der unabhängige Verwaltungssenat gemäß Art.177 Abs.3 EGV zur Vorlage verpflichtet wäre, ist festzustellen, daß nach der zum Teil in der Literatur vertretenen "abstrakten Betrachtungsweise" diese Vorschrift nur für die Obersten Gerichte gilt. Dagegen vertritt die herrschende Meinung, zu der auch der EuGH neigt (Costa/Enel, Slg.1964, 1253ff, wo ein Hinweis aus dem obiter dictum abgeleitet werden kann, wonach staatliche Gerichte, deren Entscheidung nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, den EuGH um Vorabentscheidung ersuchen müssen), die Auffassung, daß darauf abzustellen sei, ob im konkreten Fall ein Rechtsmittel eingelegt werden kann (konkrete Betrachtungsweise).

Der EuGH hat sich mit der Frage der Vorlageverpflichtung im einzelnen noch nicht auseinandergesetzt; es spricht jedoch die Ratio des Vorabentscheidungsverfahrens, insbesondere seine Rechtsschutzfunktion, für die konkrete Betrachtungsweise. Nicht als Rechtsmittel im Sinn des Art.177 Abs.3 EGV gelten außerordentliche Rechtsbehelfe, wie Beschwerden an die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts (vgl. Wohlfahrt in: Grabitz, Kommentar zum EWG-Vertrag,

Loseblattsammlung, Rz.48 ff zu Art.177 mwN). Da somit gegen die Entscheidungen des unabhängigen Verwaltungssenates kein ordentliches Rechtsmittel mehr zulässig ist, sondern nur noch außerordentliche Rechtsmittel (Beschwerden an Verfassungs- bzw Verwaltungsgerichtshof) wäre insofern eine Vorlageverpflichtung anzunehmen.

Im gegenständlichen Fall hat der unabhängige Verwaltungssenat jedoch ein Vorabentscheidungsersuchen über eine Auslegungs- oder Gültigkeitsfrage zum Erlaß seiner Entscheidung aus folgenden Gründen für nicht erforderlich gehalten:

Die Landwirtschaft wird im EGV in den Art.38ff behandelt; dabei wird der Begriff der Landwirtschaft nicht näher definiert. Art.38 I Satz 2 EGV definiert (scheinbar) den Ausdruck "landwirtschaftliche Erzeugnisse" (Erzeugnisse des Bodens, der Viehzucht und der Fischerei sowie die mit diesen in unmittelbarem Zusammenhang stehenden Erzeugnisse der ersten Verarbeitungsstufe. Diese Definition dient nicht zur Bestimmung der Erzeugnisse, die den Art.39 bis 46 unterliegen (dazu dient die Liste im Anhang II des EGV) sondern stellt lediglich eine Grundsatzaussage ohne Anspruch auf letzte Genauigkeit der Definition dar (Schweitzer/Hummer, Textbuch, S252 f).

Art.38 IV und 40 I sehen die Entwicklung einer gemeinsamen Agrarpolitik (GAP) vor. Nach Art.39 I EGV umfassen diese Ziele die Produktivitätssteigerung, die Gewährleistung einer angemessenen Lebenshaltung der landwirtschaftlichen Bevölkerung, die Stabilisierung der Märkte, die Sicherstellung der Versorgung und die Belieferung der Verbraucher zu angemessenen Preisen. Art.39 I wird in Abs.2 durch eine Aufzählung derjenigen Kriterien ergänzt, die bei der Verfolgung der Ziele zu berücksichtigen sind:

Die besondere Eigenschaft der landwirtschaftlichen Tätigkeit; die Notwendigkeit der stufenweisen Durchführung von geeigneten Anpassungsmaßnahmen; die enge Verflechtung der Landwirtschaft mit der gesamten Volkswirtschaft in den Mitgliedstaaten. Art.40 bis Art.42 EGV enthalten die Mittel zur Erreichung der GAP (gemeinsame Organisation der Agrarmärkte, Förderungsmaßnahmen, Wettbewerbskontrolle und Agrarstrukturpolitik).

Während die GAP ursprünglich wegen ihres Integrationsvorsprungs der Motor der Gemeinschaft gewesen ist und eine Vorreiterrolle gespielt hat, ist sie bis in die jüngste Zeit hin eher zu ihrer Belastung geworden. Die Gefährdungen gehen sowohl von externen (Währungsproblemen) wie von internen (Überschußerzeugung) Faktoren aus, und zeigen sich auf der "Außenfront" (Außenhandel, GATT bzw. WTO) und der "Innenfront" als Integrationsgefahr.

Es wurde deshalb 1992 eine umfassende Reform der GAP (sogenannter Mc Sherry Plan) verabschiedet (KOM 91100 und KOM 91258; die künftige Entwicklung der gemeinsamen Agrarpolitik, POL EG, Beilage 5/91). Die bisherigen Reformmaßnahmen betreffen - abgesehen von der Milchquotenregelung - die Ackerkulturen (Getreide, Ölsaaten, eiweißhaltige Futtermittel), Rindfleisch, Schaffleisch und Tabak (vgl. im einzelnen: Gilsdorf in: Grabitz, Kommentar zum EWG-Vertrag RZ 28 zu vor Art.38 EGV).

Kernstück der Reform der GAP ist somit eine beträchtliche Senkung der Interventionspreise. Die dadurch entstehenden Einkommensverluste der Landwirte werden durch Direktzahlungen ausgeglichen. Diese Stützungsmaßnahmen werden flankiert durch "begleitende Maßnahmen", nämlich durch Beihilfen, die für die Freisetzung bisher landwirtschaftlich genutzter Flächen und zur Verbesserung der Umweltstrukturen (VO EWG Nr.2078/92) und zur Aufforstung (VO EWG Nr.2080/92) gewährt werden. Diese teils gemeinschaftlich, teils staatlich finanzierten Maßnahmen sind an sich der Strukturpolitik zuzuweisen; ihre Ausgestaltung ist nach der VO EWG Nr.2080/92 sogar in vollem Maße weitgehend in das Ermessen der Mitgliedstaaten gestellt (vgl. Gilsdorf in Grabitz a. a.O.).

Daraus ergibt sich, daß das diesbezügliche Vorbringen des Bw unzutreffend ist: denn es existiert keine Gemeinschaftsnorm (weder eine primäre, wie zB der EGV, noch eine sekundäre, wie zB VO oder RL), die den Bw (oder einen Landwirt allgemein) berechtigen würde, "Landschaftsgärtner" in einem solchen Sinn zu sein, wonach Landwirte fremde Gärten bepflanzen und pflegen dürften. Aus diesem Grund geht auch die Behauptung, wonach "zahlreiche ausländische Landwirte in Österreich fremde Gärten planen und pflegen wollten" ins Leere.

Im Gegenteil, die im Zuge der Reform der GAP erlassenen Verordnungen und Richtlinien sehen ua lediglich auch vor, daß Landwirte im Ergebnis als "Landschaftspfleger oder Landschaftsgärtner" insofern tätig sein sollten, als sie die stillgelegten Flächen weiterhin pflegen (mähen) sollten, damit diese nicht verwildern.

Auch der Bw selbst war trotz Aufforderung nicht in der Lage, eine einzige Rechtsnorm konkret zu benennen, die sein Begehren in irgendeiner Hinsicht stützen hätte können. In Ermangelung dessen hat er offenbar das angeführte

Vorabentscheidungsersuchen gestellt. Im übrigen ist anzuführen, daß auch die VO 2078/92 (ABL 1992 L 215/85) als Begleitmaßnahme zur Agrarreform von 1992 (nur) verschiedenartige Beihilfen für umweltgerechte und den natürlichen Lebensraum schützende landwirtschaftliche Produktionsverfahren enthält.

Aus all diesen Ausführungen ergibt sich, daß dieses Vorbringen die Ansicht des Bw nicht stützen kann; auch kann keine Rede davon sein, daß die "restriktiven österr. Gewerbevorschriften" "obsolet" sind bzw Österreich die diesbezüglichen EU-Vorschriften noch nicht ins nationale Recht transformiert habe, weil ein derartiges Gemeinschaftsrecht, wie es der Bw behauptet, einfach nicht existiert. Aus diesem Grund war es auch nicht erforderlich, ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zu stellen, zumal die diesbezüglichen Fragen schon aus den angeführten Gründen nicht präjudiziell für die gegenständliche Entscheidung waren. Es kam daher auch eine Inländerdiskriminierung nicht in Betracht. Gemäß § 5 Abs.1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgen eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, daß ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Da zum Tatbestand der dem Berufungswerber zur Last gelegten Verwaltungsübertretung weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr gehört, handelt es sich bei dieser Übertretung um ein Ungehorsamsdelikt. In einem solchen Fall besteht von vornherein die Vermutung eines Verschuldens (in Form fahrlässigen Verhaltens) des Täters, welche aber von ihm widerlegt werden kann. Zu dieser Umkehr der Beweislast kommt es allerdings nur dann, wenn der objektive Tatbestand eines Ungehorsamsdeliktes feststeht, wobei in dieser Hinsicht die Beweislast die Behörde trifft.

Wie aber bereits oben ausführlich dargelegt wurde, hat der Berufungswerber den objektiven Tatbestand der in Rede stehenden Verwaltungsübertretung erfüllt.

Es war daher Sache des Berufungswerbers, glaubhaft zu machen, daß ihm die Einhaltung der objektiv verletzten Verwaltungsvorschriften ohne sein Verschulden unmöglich war.

Dem ist der Bw insofern nachgekommen, als er einen Rechtsirrtum insoweit geltend machte, als er bei seiner Tat infolge der komplizierten Rechtslage nicht alle objektiven Tatmerkmale habe erkennen können, zumal er sich überdies bei einem Juristen der Landwirtschaftskammer entsprechend erkundigt hatte, bzw. sogar mit diesem zusammen den Werbetext ausgearbeitet hatte, so daß er sich darauf verlassen durfte, daß dieser Text nicht der GewO widerspreche.

Hinsichtlich des behaupteten Gesetzesirrtums ist der Berufungswerber auf § 5 Abs.2 VStG zu verweisen; danach entschuldigt eine Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte. Dies bedeutet, daß ein verschuldeter (dh fahrlässiger) Irrtum den Vorsatz bzw auch die Fahrlässigkeit nicht ausschließt, also keinen Schuldausschließungsgrund bildet. Nur der unverschuldete Rechtsirrtum bildet einen Schuldausschließungsgrund (vgl. Walter-Mayer, Grundriß des österr. Verwaltungsverfahrensrechts, 5. Auflage, Rn.749, 750).

Die Gesetzesmaterialien zu § 5 Abs.2 führen dazu ua aus: Schuld fällt nur dem zur Last, der sich auch der Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens bewußt ist oder doch bei gehöriger Aufmerksamkeit bewußt sein könnte. Wie nach § 3 VStG die krankhafte Störung der Geistestätigkeit einen Menschen, die ihn unfähig macht, das Unerlaubte der Tat einzusehen, die wichtigste Voraussetzung der Schuld, die Zurechnungsfähigkeit ausschließt, so soll nach dem zweiten Absatz des § 5 auch einem zurechnungsfähigen Menschen sein Verhalten nicht zur Schuld gerechnet werden, wenn er es nicht als schädlich oder gefährlich, als unverträglich mit der guten Ordnung des Gemeinwesens erkennen konnte und ihn trotz der Aufwendung der Aufmerksamkeit, die er nach seinem Stande, Amte, Berufe, Gewerbe, seiner Beschäftigung oder überhaupt nach seinen besonderen Verhältnissen aufzuwenden verpflichtet war, auch die Verwaltungsvorschrift unbekannt geblieben ist, die das Verhalten untersagt oder gebietet. Der Entwurf hat damit den Mittelweg zwischen den beiden Extremen gewählt, von denen das eine zur Strafbarkeit das Bewußtsein der formellen Rechtswidrigkeit, also die Kenntnis der Vorschrift fordert, der zuwidergehandelt wird, während das andere der Kenntnis des Gesetzes jede Bedeutung für die Strafbarkeit der Tat abspricht.

Nach dem Entwurf soll die Behörde auch in dieser Frage von der Annahme ausgehen dürfen, daß jeder seine Pflicht kennt oder an ihrer Unkenntnis selbst Schuld trägt. Die Verteidigung des Beschuldigten, er habe nicht gewußt, daß er zu einer bestimmten Handlung verpflichtet gewesen sei oder daß er eine Handlung nicht hätte vornehmen dürfen, soll

ihn nach dem zweiten Absatz des § 5 nicht vor Strafe schützen, wenn nicht erwiesen wird, daß ihm auch bei Aufwendung pflichtmäßiger Sorgfalt der Gedanke an das Unerlaubte seines Verhaltens gar nicht kommen konnte (AB 1925). In diesem Sinne hat der VwGH wiederholt dargelegt, daß, wer ein Gewerbe betreibt, verpflichtet ist, sich vor Ausübung über die das Gewerbe betreffenden Vorschriften zu unterrichten (VwGH 16.12.1986, 86/04/0091). Die Unkenntnis eines Gesetzes kann nur dann als unverschuldet angesehen werden, wenn jemandem die Verwaltungsvorschrift trotz Anwendung der nach seinen Verhältnissen erforderlichen Sorgfalt unbekannt geblieben ist (VwGH 22.2.1979, 2435/76). Insbesondere muß von einem Gewerbetreibenden verlangt werden, daß er über die Rechtsvorschriften, die er bei der Ausübung seines Gewerbes zu beachten hat, ausreichend orientiert ist; er ist verpflichtet, sich über diese Vorschriften zu unterrichten (VwSlg.7603 A/1969). Dabei ist auch die irrige Gesetzesauslegung ein Rechtsirrtum, die den Beschuldigten nicht zu entschuldigen vermag, wenn nach seinem ganzen Verhalten nicht angenommen werden kann, daß sie unverschuldet war und daß er das Unerlaubte seines Verhaltens nicht einsehen konnte (VwGH 30.11.1981, 81/17/0126). Im Lichte dieser Judikatur kann angesichts der diesbezüglich recht unübersichtlichen und schwer verständlichen Rechtslage (vgl. Pernthaler/Lukasser/Rath-Kathrein, Gewerbe - Landwirtschaft - Veranstaltungswesen, Institut für Föderalismusforschung, Bd 65, Wien 1996, S17f) und angesichts der irrigen Gesetzesauslegung selbst durch den als Zeugen vernommenen Juristen der Landwirtschaftskammer (vgl. dazu auch die Ausführungen des OLG Linz im diesbezüglichen Wettbewerbsurteil vom 30.7.1996 auf S.9) dem Bw nur noch vorgeworfen werden, daß er sich nicht bei der zuständigen Behörde erkundigt hat.

Der Umstand aber, daß sich der Bw als juristischer Laie mit der Rechtsauskunft eines Juristen der Landwirtschaftskammer für OÖ, sohin immerhin einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft (vgl. § 2 Abs.1 O.ö. Landwirtschaftskammergesetz 1967, LGBl. Nr. 55 idF LGBl. Nr. 4/1996), deren gesetzliche Aufgaben u.a. die Wahrnehmung, Vertretung und Förderung der wirtschaftlichen und beruflichen Interessen der Land- und Forstwirte sind (§ 1 Abs.1 leg.cit.), begnügte, stellt nach Ansicht des unabhängigen Verwaltungssenates aber ein äußerst geringfügiges Verschulden dar.

Es war daher zu prüfen, ob im ggst. Fall ein Absehen von der Strafe möglich war, zumal nach der Jud. des VwGH (vgl. 11.11.1992, Zl. 92/02/0137) die Bestimmung des § 21 Abs. 1 VStG kein Ermessen einräumt, sondern bei Vorliegen der Voraussetzungen sogar ein Rechtsanspruch darauf besteht.

Nach dieser Vorschrift kann von einer Strafe abgesehen werden, wenn das Verschulden geringfügig ist und die Folgen der Übertretung unbedeutend sind.

Das Verschulden bzw die Schuld des Täters ist gering, wenn das tatbildmäßige Verhalten hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl Hauer/Leukauf, Verwaltungsverfahren, 4. A, 814 ff, E 7, 8 und 23a zu § 21; VwGH 25.10.1994, Zl. 92/07/0112; Leukauf/Steininger, Kommentar zum StGB, 3. A, § 42 Rz 14). Nach der Judikatur des OGH zum vergleichbaren § 42 StGB muß die Schuld absolut und im Vergleich zu den typischen Fällen der jeweiligen Deliktsverwirklichung geringfügig sein (vgl ua EvBl 1989/189 = JBl 1990, 124; SSt 55/59; SSt 53/15; SSt 51/21). Maßgebend ist zum einen der das Unrecht mitbestimmende Handlungsunwert und zum anderen der Gesinnungsunwert, der das Ausmaß der deliktstypischen Strafzumessungsschuld ebenso entscheidend prägt (vgl Leukauf/Steininger, Kommentar zum StGB, 3. A, § 42 Rz 14 f mwN). Daß das Verschulden im vorliegenden Fall - trotz der beiden Vorstrafen - äußerst geringfügig war, wurde bereits oben eingehend dargelegt.

Der Aspekt des Erfolgswertes wurde im § 21 Abs.1 VStG ebenso wie im § 42 StGB unter dem Merkmal "unbedeutende Folgen der Tat" verselbständigt.

Aus dem gesamten Verfahren ist nicht hervorgekommen, daß die ggst. Tat (bedeutende) Folgen nach sich gezogen hätte; auch die Wettbewerbsprozesse beim LG R und beim OLG L sind nicht als bedeutende Folgen anzusehen, zumal es sich bei der Klage des Wettbewerbschutzverbandes 1981 nicht um eine "automatische" Folge der Tat handelt. Es war sohin von lediglich unbedeutenden Folgen auszugehen, weshalb is der oben dargestellten Judikatur von der Strafe abzusehen und eine Ermahnung zu erteilen war.

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)